LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

THE CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW

César Landa[*]

Pontificia Universidad Católica del Perú y
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Miembro Honorario de THĒMIS
Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS

The link between Administrative Law and Constitutional Law, branches of Public Law, is undeniable. It is even more patent currently with the phenomenon of the constitutionalization of Law.

In this article, the author analyses this phenomenon in the field of Administrative Law, the administrative-constitutional principles, and examines how various institutions of Administrative Law have been constitutionally configurated, outlined and controlled in Peru, for which he goes over the most important jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court regarding the matter.

Key Words: Administrative Law; Constitutional Law; constitutionalization of Law; Peruvian Constitutional Court; administrative principle.

La vinculación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, ramas del Derecho Público, es incuestionable. Ello es incluso más notorio actualmente con el fenómeno de la constitucionalización del Derecho.

En el presente artículo, el autor analiza este fenómeno en el campo del Derecho Administrativo, los principios constitucionales administrativos, y examina cómo distintas instituciones propias del Derecho Administrativo han sido configuradas, delineadas y controladas constitucionalmente en el Perú, para lo cual repasa la más importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

Palabras clave: Derecho Administrativo; Derecho Constitucional; constitucionalización del Derecho; Tribunal Constitucional; principio administrativo.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares. Posdoctorado en la Universidad de Bayreuth y en el Instituto Max-Planck de Heidelberg, Alemania. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex Viceministro de Justicia del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Contacto: clanda@pucp.edu.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho el día 26 de julio de 2016, y aceptado el 31 de julio de 2016.

In memoriam de Pedro de Vega
Maestro y amigo

I. PRESENTACIÓN

Desde el restablecimiento de la democracia peruana con la Constitución de 1979, luego de la caída del gobierno militar, se ha iniciado un largo proceso de transformación del Estado de Derecho basado en la ley hacia un Estado de Derecho basado en la Constitución. Así, progresivamente la Constitución ha dejado de ser concebida como una norma política, para ser considerada también una norma jurídica, superior a la ley, como lo consagra el artículo 51 de la Constitución.

Sin embargo, esta jerarquización de las normas jurídicas no es un cambio meramente cuantitativo de la posición que ocupan la Constitución y la ley en nuestro ordenamiento jurídico, sino también constituye un cambio cualitativo del Derecho. Por cuanto, antes la ley era la medida de validez del Derecho; mientras que ahora la Constitución es el parámetro de validez de la ley. Con lo cual en nuestro medio jurídico académico y jurisprudencial se ha iniciado un lento proceso de constitucionalización del Derecho; el mismo que en principio ha sido amigable con el Derecho Penal, Derecho Tributario, Derecho del Trabajo e incluso el Derecho Civil, mas no así con el Derecho Administrativo.

A pesar de que el principio de legalidad ha sido la norma estructural en el origen del Derecho Penal o del Derecho Tributario, para su modernización y desarrollo contemporáneo estas áreas del Derecho han requerido de la Constitución y del Derecho Constitucional, en la medida que les ha permitido una aplicación flexible de la ley, para llevar a cabo sus fines públicos; así, para el destacado profesor alemán de Derecho Administrativo, Schmidt-Assman: "hoy la constitucionalización se ha convertido en una de las más notables fuerzas de desarrollo del Derecho"[1].

Sin embargo, este no es el caso del Derecho Administrativo peruano, quizás, debido a que ha tenido un impulso desde la década de los noventa, vinculado a la modernización del Estado acorde al modelo económico neo liberal; lo que supuso la privatización de las empresas públicas, la desregulación de la actividad empresarial del Estado, la transferencia al libre mercado de los servicios públicos, entre otros.

Este escenario habría llevado a una privatización del Derecho Administrativo, dado que tampoco tenía anclado fuertes cimientos en el Derecho Público, debido a que hasta el siglo XX el Estado peruano ha tenido más años de gobiernos de *facto* que gobiernos de *iure,* donde la Administración Pública era una pieza del poder político del Poder Ejecutivo, sin respeto a la ley sino al poder de turno. De modo que los pilares de la legalidad del Derecho Administrativo más han sido una quimera que una realidad en nuestro antiguo ordenamiento jurídico. Lo cual debería llevar a su reconstrucción a partir de reencontrar sus vínculos con el Derecho Constitucional, de cara a atender los deberes esenciales del Estado democrático constitucional.

Para tal efecto, resulta necesario realizar una evaluación de la constitucionalización del Derecho Administrativo, más allá de la presentación de las bases constitucionales del Derecho Administrativo señaladas en el marco normativo constitucional[2]; sino, a partir de su judicialización constitucional; es decir desde la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Constitucional [en adelante, TC]. Ello, en la medida que en sus tareas de control de las leyes y de tutela de los derechos fundamentales, el TC ha ido edificando una jurisprudencia no siempre uniforme, sobre el proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo.

Con el proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo no nos referimos únicamente al desarrollo de las bases constitucionales o de las normas constitucionales de la función pública en el Derecho Administrativo; sino que, sin perjuicio de ello, nos referiremos a la constitucionalización del procedimiento administrativo, del acto administrativo, el contrato administrativo, los bienes públicos, la función pública, el empleo público, la contratación pública y la responsabilidad administrativa, básicamente.

II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ADMINISTRATIVOS

Cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transformaron en derechos fundamentales y se incorporaron principios constitucionales en el Estado democrático constitucional de la

---

1 SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. "El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo". En: MONTAÑA, Alberto y Andrés OSPINA (Editores). "La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo". Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. 2014. p. 23.

2 DEVOLVÉ, Pierre. "La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del Derecho Administrativo". En: MONTAÑA, Alberto y Andrés OSPINA (Editores). "La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo". Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. 2014. pp. 43-59.

postguerra; este hecho obligó, a los tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para la aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo legalmente debido, sino también dentro lo constitucionalmente posible[3].

Sobre la base de ese orden supremo constitucional y de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, el Estado democrático constitucional se afirmó con la judicialización de la Constitución, a través del desarrollo de los principios constitucionales con eficacia vinculante para el ordenamiento jurídico. Los principios constitucionales se convirtieron en postulados jurídicos con tres diversas dimensiones con carácter de: "metanormas", es decir normas abiertas que permiten concretizar normas específicas de un código; normas "hermenéuticas", porque permiten interpretar otras normas específicas en caso de vacío o deficiencia del mismo cuerpo normativo; así como, de normas "teleológicas" orientadas a la concretización y optimización de los principios constitucionales materiales.

Para su implementación han jugado un rol determinante los tribunales constitucionales, en tanto se han convertido en los supremos intérpretes ya no solo de la Constitución, sino también del ordenamiento jurídico basado en la Norma Suprema. Proceso que se ha puesto en movimiento en el Perú, a partir de la jurisprudencia del TC y de la dogmática constitucional, al desarrollar un Derecho basado en principios constitucionales[4]; base sobre los cuales, a continuación, se presentan algunas expresiones de su vinculación al Derecho Administrativo.

A. Principio de Legalidad y Derecho Administrativo

El Estado liberal se fundó en dos principios constitucionales, el "principio de distribución", según el cual la esfera de libertad del hombre, en principio, es ilimitada ante el Estado, y la libertad del Estado, en principio, es limitada; y, el "principio de organización", por el cual para garantizar la libertad del hombre, el Estado dividió su poder en funciones con competencias: legislativa, ejecutiva y judicial[5].

Sobre la base de esos principios básicos, durante la segunda mitad del siglo XIX, se desarrollaron las columnas básicas del Estado de Derecho: la ley como la fuente suprema del Derecho y el carácter superior de la voluntad del legislador. En tal sentido, se puede decir que si bien el ordenamiento fundamental del Estado, basado en la libertad, se encontraba en la Constitución, va a ser la ley la que, al identificarse con el Derecho, asumió el rol conductor del Estado liberal.

En consecuencia, el Estado y, por ende, su Constitución quedaron en el ámbito de una ley moral, sin una aplicación directa y vinculante para la sociedad. Ello, por un lado, se explica en la dialéctica de confrontación entre el principio monárquico y el principio de soberanía popular, que caracterizó al Derecho Público del siglo XIX. En esta época, el movimiento liberal asentado en el Parlamento buscaba asumir la hegemonía del poder, convirtiéndose en el primer poder del Estado sobre el ejecutivo monárquico y su administración judicial conservadora.

Para tales fines, estableció el principio de legalidad, como instrumento dinamizador del orden liberal y del progreso capitalista. Este principio se instauró mediante la codificación, primero, del Código Civil, que se identificó con la protección de las libertades civiles, y; segundo, del Código Penal para reprimir los delitos de lesa majestad, que castigaban los excesos de las primeras revoluciones sociales[6]. En ambos códigos, sin embargo, no había una mayor vinculación de los derechos, obligaciones y sanciones con las garantías constitucionales de la libertad.

Sin embargo, las revoluciones europeas del siglo XIX significaron un cambio sustancial de la vieja concepción del Derecho; incluso, Napoleón III, inmediatamente después de la Revolución de 1848, planteó los límites de la ley con relación al Derecho "*il faut sortir de la loi pour rentrer dans le droit*" (hay que salir de la ley para regresar al Derecho).

En efecto, las revoluciones durante ese período dieron lugar a la aparición progresiva de una Teoría del Estado y de la doctrina del nuevo Derecho Público –Derecho Constitucional, Derecho Administrativo–, ciertamente tributaria del desarrollo jurídico del Derecho Civil. Precisamente de este

3 CANOSA USERA, Raúl. "Interpretación constitucional y fórmula política". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1988. pp. 302 y siguientes; asimismo, ALONSO GARCÍA, Enrique. "La interpretación de la constitución". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. pp. 277 y siguientes y 539 y siguientes.

4 RUBIO CORREA, Marcial. "El Estado peruano en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2006. p. 405; asimismo, MENDOZA ESCALANTE, Mijail. "Los principios fundamentales del Derecho Constitucional peruano". Lima: Gráfica Bellido S.R.L. 2000. p. 275.

5 SCHMITT, Carl. "Verfassungslehre". Munich y Leipzig: Duncker & Humblot. 1928. pp. 126 y siguientes.

6 FERRAJOLI, Luigi. "Diritto e ragione". Roma: Laterza. 1996. pp. 914 y siguientes.

último tomarán prestadas algunas instituciones jurídicas como las nociones de contrato, persona, derechos, obligaciones, etcétera; para darles un sentido propio dentro del Derecho Público.

No obstante que, a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, se vivía la *belle époque* del Estado de Derecho, la reflexión jurídico-política sobre el Estado y el Derecho incorporó, junto a la idea del orden y progreso, el concepto de lucha en el Derecho. Este concepto aludía a la vinculación del Derecho con la vida social, postulado por el movimiento del realismo jurídico o de la creación libre del Derecho[7]. De esta manera, se buscó incorporar al Estado de Derecho las lentas y progresivas transformaciones sociales y económicas del naciente Estado de Bienestar, abriendo el debate sobre la ley entendida solo en un sentido formal, o, dependiente de la voluntad del legislador, haciendo del juez solo un amanuense que pronuncia las palabras de la ley.

Dichas transformaciones se potencializan con la refundación del Estado de Derecho en el Estado democrático constitucional, después de la segunda guerra mundial, sobre la base del principio de la persona humana y su dignidad, como vertebrador de la sociedad y del Estado. En ese sentido, el Derecho Constitucional se vio impregnado de valores democráticos, que supuso un antiformalismo y anti abstracción de la ciencia jurídica[8]. Circunstancia que se materializó con la expansión del respeto de los derechos fundamentales no solo frente al legislador o los tribunales, sino también frente a la Autoridad Administrativa; lo cual repercutió sobre el principio de legalidad y de la noción de la validez de ley, a los cuales quedó todavía atado el Derecho Administrativo.

Esto último le hizo al Derecho Administrativo no ser capaz autónomamente de poder afrontar los nuevos desafíos sociales que le plantearon las transformaciones del Estado democrático constitucional de la segunda mitad del siglo XX. Ello fue posible debido a la crisis de legitimidad del tradicional principio de legalidad y de la ley como norma vertebradora del tradicional Estado de Derecho, que puso en evidencia la confrontación entre la norma legal y la realidad social[9].

Por esas razones, las estructuras jurídicas e institucionales del Derecho Administrativo del Estado neo liberal de finales del siglo XX no han podido responder ni asumir los nuevos fenómenos políticos y económicos de comienzos del siglo XXI, que han terminado mermando, en unos casos, y replanteando, en otros, el tradicional principio de legalidad. Principio basado en los dogmas de la aplicación irrestricta de la ley por la Autoridad Administrativa, así como, del carácter formal y anti valorativo del Derecho Administrativo. Por ello, el TC ha tenido que remarcar que:

"[...] En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infra constitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución"[10].

B. La Constitución como la norma suprema configuradora del Derecho Administrativo

Desde que el artículo 1 de la Constitución reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado, la Administración Pública tiene un mandato prescriptivo de tutelar los derechos fundamentales de los administrados, como la finalidad –*ethos*– de su actividad estatal. Por ello, se puede señalar que frente a los excesos del poder administrativo de diversas formas, como las decisiones de la Autoridad Administrativa arbitrarias, exorbitantes, inmotivadas o de abstenciones, irrazonables y/o desproporcionadas, la racionalización del poder a través de la Constitución se ha convertido en un desafío del Derecho Administrativo.

Sin perjuicio de esta función dogmática de la Constitución propia del Estado liberal de entender los derechos fundamentales como derechos de defensa frente a la Autoridad Pública, el desarrollo del Estado democrático constitucional de las últimas

7 VON BIEBERSTEIN, Freiherr. "Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze". En: Akademische Rede zum Gedächtnis der Reichsgründung gehalten am 17 (enero). 1925 in der Aula der Albert Ludwigs-Universität. Stuttgart: W, Kohlhammer Verlag. 1927. pp. 1-21.

8 KANTOROWICZ, Hermann. "Der Begriff des Rechts". Gotinga: Vanenhoeck & Ruprecht. 1963. pp. 19 y siguientes.

9 DE CABO MARTÍN, Carlos. "Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social". Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1997. pp. 207 y siguientes.

10 Sentencia del TC recaída en el Expediente 0050-2004-PI, de fecha 3 de junio de 2005. Fundamento Jurídico 156.

décadas ha acompañado al proceso de modernización del Estado, asumiendo una función configuradora de la Administración Pública a través de la protección positiva de los derechos de los administrados. Esto es que el Estado, en el ejercicio de sus potestades ordinarias y sobre todo discrecionales, debe configurar su potestad administrativa y su actuación prestacional en función de los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad, para proteger y/o proveer los derechos fundamentales de los administrados; ya no solo frente a la misma Administración Pública, sino también frente a terceros y particulares.

Asimismo, desde que se ha producido la modernización del Estado, en la Constitución de 1993, siguiendo el modelo de la Constitución de 1979, se ha distinguido entre el Poder Ejecutivo y la Administración Pública. Así, se han constitucionalizado normas especiales para la función pública sobre: la jerarquía de los funcionarios públicos, la carrera administrativa, la declaración de sus bienes y rentas, la lucha contra la corrupción, y los derechos de sindicación y huelga, con las excepciones de los servicios públicos; la defensa judicial del Estado, los bienes y de dominio público; así como, la obligatoriedad mediante licitación pública de los contratos de obras y la adquisición de suministros de bienes y servicios públicos con fondos y recursos públicos, y, sus excepciones, y, los servicios públicos, entre otros[11].

El incremento de las responsabilidades del Estado en la Administración Pública y la prestación de los servicios públicos, ha llevado a constitucionalizar principios que regulan el incremento del personal que en ellos laboran, la protección de la propiedad pública y los contratos públicos; así como, la defensa judicial de los intereses públicos. No obstante, la Administración Pública parece apoderarse del Derecho Administrativo y de los derechos de los administrados, bajo prácticas burocráticas y legalistas perniciosas; así como, también, se presenta la tensión entre el Poder Ejecutivo encargado de la dirección política del Estado, y la necesidad de una Administración Pública neutral frente a las reclamaciones de los administrados, como personas naturales y jurídicas[12].

Esa tensión se hace más evidente en la relación del Poder Ejecutivo y subsidiariamente de la Administración Pública con los gobiernos municipales y regionales; debido a que, a pesar de las disposiciones constitucionales de la descentralización[13], las decisiones en materia económica de inversiones púbicas, así como, de algunos servicios públicos se mantiene aún fuertemente centralizados, mediante el control presupuestal; lo cual apenas ha sido materia de control constitucional[14]. Debido a una concepción centralista del desarrollo y ciertamente al mal manejo de los recursos públicos en muchos gobiernos regionales y municipales.

C. La fuerza normativa de la Constitución irradia al Derecho Administrativo

Desde que la Administración Pública pese a pertenecer al Poder Ejecutivo, deja de estar inmune por su solo sometimiento a la ley, se inicia un proceso progresivo de subordinación a la Constitución, en tanto norma suprema que integra a todas las normas del ordenamiento jurídico. Lo cual supone que la Constitución irradia su fuerza normativa no solo sobre el legislador que hace la ley, sino también sobre la Administración Pública encargada de aplicarla, así como, sobre las normas administrativas que ella emite. Ello se ha hecho posible gracias a la judicialización Constitución, debido a que:

"A todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege (artículo 200 de la Constitución). La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental"[15].

De modo que hacer derecho judicial de la Constitución es una manifestación de su fuerza normativa, que está en manos de todos los operadores de la Norma Suprema, sino que en caso de dudas sobre el sentido interpretativo de una norma cons-

11 Ver: Constitución Política del Perú de 1993, artículos 47, 73, 76 y 119.

12 CASSESE, Sabino. "Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho administrativo". En: MONTAÑA, Alberto y Andrés OSPINA (Editores). "La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo". Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. 2014. pp. 284-288.

13 Constitución Política del Perú de 1993, Capítulo XIV "De la Descentralización", del Título IV "De la Estructura del Estado" (artículos 188-199).

14 LANDA, César. "Descentralización y jurisprudencia constitucional". En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. 2014. pp. 41-54.

15 Sentencia del TC recaída en el Expediente 5854-2005-PA, de fecha 8 de noviembre de 2005. Fundamento Jurídico 8.

titucional, le corresponde al TC llevar a cabo la tarea argumentativa de resolver las controversias constitucionales; por ello, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que:

"La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177 de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes […]"[16].

Por eso, como se ha señalado en la doctrina comparada, la interpretación de la norma administrativa hay que entenderla como una concretización de la Constitución[17]; en ese entendido, siguiendo a la jurisprudencia del TC, se puede señalar que la fuerza normativa de la Constitución se expresa en los siguientes principios:

1. Legalidad: Existe la obligación para que mediante el principio de legalidad se evite una regulación normativa amplia que permita márgenes de discrecionalidad a la Administración Pública, mediante la taxatividad de los supuesto jurídico-administrativos; tanto cuando tenga que interpretar los conceptos jurídicos que sean abiertos, como cuando tenga que subsumir hechos en casos de conceptos jurídicos indeterminados; sobretodo, si con ello se van a limitar derechos de los administrados, y; máxime si se trata del Derecho Administrativo Sancionador, corresponde proteger el contenido esencial del derecho fundamental afectado[18].

2. Ponderación: La obligación de reducir la discrecionalidad de la actividad administrativa ha llevado a la expansión del test de razonabilidad y proporcionalidad, en las tareas de su control constitucional[19]. Estos parámetros relativamente consolidados por la jurisprudencia constitucional comienzan a ser materia de interpretación de la Administración Pública, en la motivación de las resoluciones que emiten en los procedimientos administrativos, y del Poder Judicial, en los contenciosos administrativos.

3. Jurisprudencia vinculante: La obligación de la Administración Pública de cumplir la jurisprudencia del TC que propugna el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales, se fundamenta en el mandato legislativo del Código Procesal Constitucional (Artículo VI *in fine*)[20], y; se hace exigible a través de los procedimientos administrativos ordinarios –sobretodo trilaterales– y de los procedimientos contenciosos administrativos judiciales.

El problema que se ha presentado es el de la estabilidad de la jurisprudencia vinculante; debido a que, el TC expandió el principio del control difuso de la leyes en sede de los tribunales administrativos nacionales, asegurando así para la Administración Pública la facultad del control constitucional de las leyes inconstitucionales; sin embargo, al cambio de la composición del TC sobrevino el cambio de la jurisprudencia, con argumentos formales de la interpretación literal de las normas[21]. Pero, ha surgido como obligación internacional del Estado el control de convencionalidad, que hace exigible para la Administración Pública el inaplicar normas estatales que pudieran ser contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos[22].

[16] Ibid. Fundamento Jurídico 19.

[17] IBLER, Martin. "Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado". En: Respublica 2. 2010. pp. 35-47. Revisar: http://kops.uni-konstanz.de/handle/123456789/313. Consultado el 21 de julio de 2016.

[18] Sentencia del TC recaída en el Expediente 2864-PA. Fundamentos Jurídicos 15-17.

[19] Ibid. Fundamento Jurídico 21.

[20] Código Procesal Constitucional.
Artículo VI.- "Control difuso e interpretación constitucional
[…] Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

[21] Ver: Sentencia del TC recaída en el Expediente 03741-2004-AA, de fecha 14 de noviembre de 2005. Fundamento Jurídico 50; asimismo, Sentencia del TC recaída en el Expediente 04293-2012-PA, de fecha 18 de marzo de 2014. Fundamento Jurídico 35.

[22] Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguay. Resolución de Supervisión de cumplimiento de Sentencia de fecha 20 de marzo de 2013.

Entonces, a partir de los principios constitucionales administrativos se analiza a continuación su impacto a través de la jurisprudencia del TC en sus tareas de control de constitucionalidad de la actuación de la Administración Pública.

III. CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La justicia constitucional desde su creación en la Constitución de 1979 y su posterior re creación con la Constitución de 1993, ha tenido un desarrollo retardado en materia constitucional; por cuanto, como Tribunal de Garantías Constitucionales (1982-1992) desarrolló sus tareas de control y tutela de los derechos fundamentales apegado a una concepción legalista antes que constitucionalista de la Constitución; mientras que, durante la etapa de cautiverio y corrupción del TC (1996-2000) estuvo sometido a la voluntad política del gobierno de turno; para dichos fines la ley y en algunos casos la Constitución eran instrumentos maleables en beneficio del poder[23].

Con el retorno a la democracia (noviembre de 2000) se inicia un proceso de saneamiento institucional y moral del TC, con el mismo marco constitucional de 1993, que llevó a desarrollar un modelo de justicia constitucional democrática. La que se implementó a partir de la renovación de sus magistrados, la dación de un Código Procesal Constitucional, así como, la definición de una política jurisdiccional en lucha contra el narcotráfico, la corrupción y el respeto a los derechos humanos. Es en este escenario, que vamos a analizar algunos institutos del Derecho Administrativo que han sido objeto de pronunciamiento por parte del supremo intérprete de la Constitución.

A. Debido procedimiento administrativo

El TC tempranamente le otorgó una vis expansiva a las garantías judiciales del debido proceso a los procedimientos administrativos e *inter privatos*. Ello fue posible a partir de interpretar que la Constitución tenía un carácter vinculante no solo para el ciudadano sino también para la autoridad, y que no había zonas exentas de control constitucional, a pesar de que la ley no lo hubiera previsto expresamente. Así, el TC señaló que:

"[...] afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.

Pretender que el TC se adhiera a esta tesis, equivale a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado (artículo 201 de la Constitución). Tentativa que, como será sencillo de entender, jamás será de recibo en sede de este Colegiado" [24].

Ello ha sido posible de entender en los procedimientos administrativos, gracias al reconocimiento del debido proceso en una doble vertiente: primero, en debido proceso formal o adjetivo, que alude al trámite y procedimiento utilizado para dictar una sentencia; y, segundo, en debido proceso sustantivo o material, el cual cuestiona directamente el fondo de la decisión, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir. El TC sobre esto ha indicado que:

"[...] el derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva –que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales–, sino también en una dimensión sustantiva –que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular–. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios"[25].

Asimismo, la observancia del debido proceso no se limita a las formalidades y aspectos sustantivos propios de un procedimiento judicial, sino que se extiende particularmente a los procedimientos administrativos, cuya regulación legislativa se encuentra vinculada a la Constitución, según el artículo IV, numerales 1.1 y 1.2 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444). Con ello se procura dar cumplimiento a los requisitos, garantías y normas de orden constitucional que deben ser respetados en todos los

[23] LANDA, César. "Tribunal Constitucional y Estado Democrático". Tercera edición. Lima: Palestra. 2007. pp. 267-365.

[24] Sentencia del TC recaída en el Expediente 5854-2005-PA. Óp. cit. Fundamento Jurídico 7.

[25] Sentencia del TC recaída en el Expediente 03421-2005-PHC, de fecha 19 de abril de 2007. Fundamento Jurídico 5.

procedimientos, incluidos los administrativos, con la finalidad de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos frente a cualquier actuación u omisión de los organismos estatales. Por ello, el TC ha señalado que el debido proceso:

"[...] [E]stá concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier actuación del Estado que pueda afectarlos [...]"[26].

Ahora bien, la observancia del debido proceso no se extiende a todos los procedimientos administrativos, como por ejemplo los procedimientos internos de la Administración de compra de bienes o servicios; en los cuales se forjan asuntos relacionados a la gestión ordinaria de los órganos de Administración. Pero, en cambio se refuerzan cuando se trata de un procedimiento administrativo sancionador, en la medida que limita o restringe derechos de los administrados.

Así, a juicio del TC, se debe respetar tres principios fundamentales: (i) legalidad con su sub principio de tipicidad, que admite disposiciones reglamentarias de desarrollo sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria (Ley 27444, artículo 230.4); (ii) motivación suficiente, de modo que le permita al afectado poder impugnar una resolución con certeza jurídica, y; (iii) proporcionalidad. En este sentido, el TC ha señalado que:

"En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas […]"[27].

No obstante, cabe señalar que la discrecionalidad de la Autoridad Administrativa que es necesaria para cumplir con los fines del interés general, tiene una naturaleza distinta a la del Derecho Administrativo Sancionador, por cuanto esta se asemeja aunque no sea idéntica a los principios del Derecho Penal –legalidad, taxatividad, culpabilidad–; sin que esto signifique desconocer la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos de los administrados, más aún si son sancionadoras.

B. Acto administrativo

El régimen jurídico de los actos administrativos se encuentra previsto en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Esta ley ha establecido que los actos administrativos son declaraciones de las entidades que en el marco de las normas de Derecho Público causan efectos en los derechos, obligaciones e intereses de los administrados. Asimismo, la ley señalada establece sus requisitos de validez (artículo 3) y los supuestos por los que un acto administrativo puede ser declarado nulo (artículo 10).

Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, se ha entendido que un requisito *sine qua non* que deben de cumplir los actos administrativos es el de la debida motivación, que como sabemos es un derecho fundamental procesal que tiene reconocimiento constitucional expreso en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, y que en la Ley 27444 radica en los artículos 3.4 y 6, y cuyo incumplimiento conlleva su nulidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10.2[28].

---

26 Sentencia del TC recaída en el Expediente 00005-2006-PI, de fecha 26 de marzo de 2007. Fundamento Jurídico 25.

27 Sentencia del TC recaída en el Expediente 02192-2004-PA, de fecha 11 de octubre de 2004. Fundamentos Jurídicos 3-18.

28 Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 3.- "Requisitos de validez de los actos administrativos.

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

[…]

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico […]".

Artículo 6.- "Motivación del acto administrativo.

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

En dicho sentido, el TC ha señalado que:

"[…] [E]l derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican […].

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional.

Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de Derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de los ciudadanos. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa.

En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo"[29].

De manera complementaria, el TC ha señalado que la motivación de los actos administrativos puede generarse antes de la propia decisión administrativa, mediante informes o dictámenes que contienen recomendaciones en torno a la decisión que debe adoptarse, o de forma concurrente con la resolución. De igual manera, se cumple con el deber de motivar cuando se incorpora de modo expreso, de forma extensa o mínima, sus propias razones o de aquellas contenidas en los dictámenes o informes a los que deberá hacerse necesaria remisión e identificación para que el administrado pueda conocer las razones que justifican la decisión, así como ejercer su derecho de defensa si lo cree por conveniente[30].

De otro lado, el TC en materia de motivación ha establecido un estándar exigente en la Sentencia recaída en el Expediente 728-2008-PHC (Fundamento Jurídico 7), en principio exigible a las autoridades judiciales. No obstante, consideramos que el mismo resultaría de aplicación en el ámbito de la Administración Pública, más aún en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, en vista de que el derecho a la debida motivación forma parte del debido proceso y éste, como la debida motivación, resulta exigible en el ámbito de los procedimientos administrativos que encausan la formación de los actos administrativos.

De otro lado, el TC en su momento estableció en el caso Salazar Yarlenque que dentro de los procedimientos administrativos también era posible aplicar el control constitucional difuso, es decir, inaplicar una ley o norma de rango equivalente, cuando se consideraba que la misma era contraria a la Constitución. Indudablemente, la inaplicación de una norma de rango legal exigía un esfuerzo de motivación y desarrollo de argumentos que justificaban tal proceder[31] lo que finalmente se vería materializado en el acto administrativo que, poniendo fin al procedimiento, resolvía la inaplicación de la

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos: 6.4.1. Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento. 6.4.2. Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros. 6.4.3. Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única".

Artículo 10.- "Causales de nulidad.

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

[…]

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14 […]".

29 Sentencia del TC recaída en el Expediente 0091-2005-PA, de fecha 18 de febrero de 2005. Fundamento Jurídico 9. Este criterio ha sido reiterado en las Sentencias del TC recaídas en los Expedientes 0090-2004-AA, 294-2005-PA, 5514-2005-PA, entre otras.

30 Sentencia del TC recaída en el Expediente 4289-2004-AA, de fecha 17 de febrero de 2005.

31 Sentencia del TC recaída en el Expediente 3741-2004-PA, de fecha 14 de noviembre de 2005.

disposición presuntamente inconstitucional. Sin embargo este precedente fue dejado sin efecto con la sentencia del caso Consorcio Requena[32].

No obstante lo señalado, consideramos que dada la apertura de nuestro ordenamiento al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante, Corte IDH], de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución[33], con el tiempo la Administración Pública se verá obligada a aplicar el control de convencionalidad, sobre el que la Corte IDH ya ha señalado que es una atribución que debe ejercerse de oficio por las autoridades de Estado[34], bajo riesgo de llevarlo a incurrir en responsabilidad internacional en caso de omisión. Para ello, la Administración Pública deberá motivar debidamente las decisiones en las que aplique el referido control normativo sobre las normas estatales.

En otro caso, el TC, para resolver un conflicto de competencias entre el Banco Central de Reserva (BCR) y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), ha establecido que cuando una sucursal de una empresa financiera del exterior solicite su transformación para constituirse como empresa en el país, de acuerdo al bloque de constitucionalidad, por la distribución de competencias, se requiere la participación de ambas entidades, para la autorización de transformación[35]. De modo que, en determinadas circunstancias, más de una entidad pública puede participar en la elaboración de un acto administrativo, siempre y cuando tal participación se ejerza de conformidad con la distribución de competencias establecidas en la Constitución y la ley.

C. Bienes públicos

Sobre los bienes públicos resulta interesante advertir que en nuestro medio se consideraba que los bienes del Estado eran inembargables, pues el artículo 73 de la Constitución establece que "Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles […]" y, quizás por ello, inembargables. Sobre esta disposición, el TC ha señalado que la inalienabilidad supone que los bienes del Estado no pueden ser enajenados, es decir, no pueden ser objeto de tráfico comercial, y que sean imprescriptibles significa que su posesión en el tiempo no supone el acceso al derecho de propiedad sobre ellos[36].

Con relación a la embargabilidad de los bienes del Estado, el TC ha distinguido entre los bienes de dominio público (los que se destinan al uso público –carreteras, calles, etcétera– o para brindar servicios públicos –edificios, mercados, etcétera–) y los de dominio privado, reconociendo que estos son embargables, en tanto que los primeros no[37]. Ello, porque los bienes estatales de dominio privado se regirían por el derecho común y no por el Derecho Administrativo[38]. Por lo que a falta de una ley que establezca qué bienes del Estado pueden ser embargados, corresponde al juez evaluar si el bien sobre el que recaería la ejecución de una sentencia que condena al Estado al pago de sumas de dinero, su ejecución forzosa o una medida cautelar, si está afectado al uso público o a la prestación de servicios públicos. En dicho sentido, el TC dejó señalado que:

"[…] la inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado. Por el contrario, la inexistencia de una ley especial que fije qué bienes son embargables, impone en ambos órganos públicos un deber especial de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez,

32 Sentencia del TC recaída en el Expediente 4293-2012-PA, de fecha 18 de marzo de 2014.

33 "Disposiciones Finales y Transitorias

[…]

Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales.

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

34 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Párrafo 497; asimismo, Caso Gelman vs. Uruguay. Óp. cit.

35 Sentencia del TC recaída en el Expediente 0005-2005-CC, de fecha 18 de noviembre de 2005.

36 Sentencia del TC recaída en el Expediente 00003-2007-PC, de fecha 21 de noviembre de 2007. Fundamento Jurídico 29.

37 Sentencia del TC recaída en el Expediente 00015-2001-AI (y otros acumulados), de fecha 29 de enero de 2004. Fundamento Jurídico 24.

38 Sentencia del TC recaída en el Expediente 00003-2007-PC. Óp. cit. Fundamento Jurídico 39.

bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables.

En ese sentido, ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está o no afecto a un uso público" […][39].

Por ello, frente a la ejecución de sentencias judiciales o embargos sobre cuentas corrientes de las entidades del Estado en el sistema financiero, los jueces deben determinar primero si dichos fondos están destinados al financiamiento de las funciones públicas que cumple dichas entidades.

En razón de lo expuesto, el TC ha declarado la nulidad de sentencias que disponían el embargo de cuentas de un gobierno regional porque antes no se había determinado si el dinero obrante en dichas cuentas eran fondos de dominio público o de dominio privado. Al respecto, en la sentencia citada se puede leer que antes de dictarse el embargo en forma de retención sobre las cuentas del Gobierno Regional de Lambayeque:

"[…] no existió una razonable y coherente motivación sobre la naturaleza del bien de uso privado que las instancias judiciales le han asignado a las cuentas corrientes que percibe el Gobierno regional en mención. Por tanto este Tribunal, discrepando de los argumentos emitidos por las instancias inferiores, considera que la demanda debe ser estimada, dejándose sin efecto la resoluciones cuestionadas a fin de que se expida una nueva resolución que ordene trabar embargo sobre los bienes del Gobierno Regional de Lambayeque, fundamentándose el carácter embargable de ellos en función de su no uso y/o utilización para fines públicos" […][40].

De otro lado, el TC ha incorporado la figura de la mutación demanial para resolver un conflicto de competencias entre dos municipalidades que disputaban la administración de un mercado de abastos.

A efectos de lo que aquí interesa, el TC señaló que la mutación demanial supone "cambios que se producen en el estatuto jurídico de la [demanialidad] de un bien que continúa siendo de dominio público. Estos cambios pueden tener lugar por alteración del sujeto titular del bien o por modificaciones en su afectación" [el agregado es nuestro].

En el caso, es el primer supuesto el que había operado, pues un inmueble que registralmente aparecía como propiedad de la Municipalidad de Miraflores antes de crearse el Distrito de Surquillo, fue utilizado por este para construir el mercado de abastos objeto de controversia, por lo que este:

"[…] constituye un bien de dominio público que ha sido afectado y es el soporte para brindar un servicio público, que es el de mercados. Además, en el caso de autos ha operado una mutación demanial, en la que el bien de dominio público, al estar afectado para fines de un servicio público, ha cambiado de titularidad de dominio público para la administración, pues se redistribuyeron competencias ante la creación del distrito de Surquillo y, desde entonces, las competencias constitucionales de administración del bien, así como de reglamentación y organización del servicio público de Mercados, han sido ejercidas legítimamente por la demandante [Municipalidad de Surquillo]"[41] [el agregado es nuestro].

D. Función pública

Sobre la función pública, es decir, las actividades que realizan aquellos que prestan servicios al Estado, el artículo 39 de la Constitución establece que "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación […]". Por ello, el TC ha precisado que el principio democrático, que organiza nuestra forma de vida en sociedad, es la que informa el régimen de la función pública, pues los servidores y funcionarios públicos están vinculados por los deberes primordiales que según la Constitución debe cumplir el Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de

[39] Sentencia del TC recaída en el Expediente 00015-2001-AI (y otros acumulados). Óp. cit. Fundamentos Jurídicos 25 y 26.

[40] Sentencia del TC recaída en el Expediente 1873-2011-PA, de fecha 8 de marzo de 2012. Fundamento Jurídico 7. En el mismo sentido, se resolvió un caso en el que se ordenaba un embargo en forma de recaudación sobre los ingresos –tasas– que percibía la Municipalidad Provincial del Callao por los conceptos de certificados de soltería, carnet de sanidad, visación de planos y memoria descriptiva, compatibilidad de uso, licencia de apertura de establecimiento, licencia de funcionamiento definitivo, licencia de funcionamiento provisional, inspección ocular para autorización de ruta, baja de vehículo y constatación de características técnicas (Sentencia del TC recaída en el Expediente 02147-2009-PA, de fecha 30 de junio de 2010).

[41] Sentencia del TC recaída en el Expediente 00003-2007-PC. Óp. cit. Fundamento Jurídico 40.

las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44)[42].

En esa medida, son titulares de la función pública, los altos funcionarios a los que se alude en el artículo 39 de la Constitución, así como los servidores que están bajo los alcances de la carrera administrativa, que se ha reconocido como un bien constitucional[43], y en general todos los servidores civiles del Estado. A ellos, deben integrarse los miembros de los institutos armados.

En efecto, el TC ha reconocido que los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas también están enmarcados dentro de los fines constitucionales que corresponde realizar a quienes ejercen función pública. Ello se refuerza si tenemos en cuenta la finalidad constitucional de los institutos armados: mantener el orden interno (artículo 166) en el caso de la Policía Nacional, defender la soberanía nacional de amenazas externas en el caso de las Fuerzas Armadas (artículo 165). Asimismo, ha subrayado que estos ejercen sus funciones constitucionales "bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional" [44]. Cabe añadir que, según lo establecido por la Constitución, las fuerzas armadas no son beligerantes.

Respecto de lo que debe entenderse como función pública, el TC ha establecido, en principio, que la función pública debe ser entendida de manera amplia y en sentido material como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. En segundo lugar, que en ella puede distinguirse entre una función pública representativa y no representativa. La primera está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada. Por ello, la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado.

Asimismo, al considerar a la carrera administrativa, que forma parte de la función pública, como un bien jurídico constitucional, conlleva que su regulación se haga solo por ley, es decir, existe una reserva de ley. De esto deriva a su vez una prohibición de deformar el régimen propio de los funcionarios y servidores públicos, admitiendo que si bien se admite la aplicación del régimen laboral privado en algunas entidades del Estado ello no conlleva que éstos se desentiendan de su función pública o se consideren como meros trabajadores de la actividad privada[45].

Finalmente, del régimen constitucional sobre la función pública se desprende el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, derecho que se ha reconocido en la sentencia sobre el caso PROFA, en el que se evaluaba la aplicación de unos bonos en el puntaje final que favorecían a un grupo de aspirantes a la magistratura, en detrimento de aquellos que no habían llevado los cursos del PROFA impartidos por la Academia de la Magistratura[46].

E. Empleo público

El régimen de los servidores al servicio del Estado tradicionalmente ha sido objeto de regulación por parte del Derecho Administrativo, regido por el principio de legalidad en términos de un positivismo formalista, en donde los derechos de los servidores del Estado nacen y terminan en la ley.

En esa misma dirección, la propia Constitución de 1993 ha establecido en su artículo 40 que "La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza […]". Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha entendido que la relación entre el Estado y sus servidores no puede comprenderse solo a partir de tal disposición constitucional, ni muchos solo desde el Derecho Administrativo, sino desde el entero *corpus* constitucional, particularmente desde aquellas disposiciones que desarrollan los principios constitucionales del Derecho del Trabajo.

En esa dirección, el TC, desde la fecha en que se recuperó la democracia, ha "laboralizado" las relaciones entre el Estado y sus funcionarios y servidores. En dicho sentido, un hito importante lo constituye la Sentencia recaída en el Expediente

42 Sentencia del TC recaída en el Expediente 008-2005-PI, de fecha 12 de agosto de 2005. Fundamento Jurídico 14.

43 En la sentencia sobre la Ley Marco del Empleo Público puede leerse que: "[…] el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador" (Ibid. Fundamento Jurídico 44).

44 Ibid. Fundamento Jurídico 13.

45 Sentencia del TC recaída en el Expediente 05057-2013-PA, de fecha 16 de abril de 2015. Fundamento Jurídico 8.

46 Sentencia del TC recaída en el Expediente 00045-2004-AI, de fecha 29 de octubre de 2005.

008-2005-PI, en la que se cuestionaba diversas disposiciones de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, en donde se estableció la plena aplicación de los principios del Derecho del Trabajo a las relaciones entre el Estado y sus servidores y funcionarios (Fundamento Jurídico 17 de la sentencia).

Otro hecho importante sobre la constitucionalización de las relaciones laborales dentro del Estado se dio al evaluar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1057, Ley del Contrato Administrativo de Servicios. Como se sabe, el texto original del decreto legislativo mencionado establecía que este tipo contractual se regía por el Derecho Administrativo; no obstante, el TC al analizar su contenido concluyó que:

"[…] el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida en que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo (que implica incluso determinar el horario de trabajo, pues de lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual. Cabe considerar también que la denominación dada por el legislador a la norma cuestionada resulta, cuando menos, imprecisa, dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula […]. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que –más allá de la denominación dada a los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo 1057, al pretender considerarlos como contratos administrativos de servicios–, los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo 1057 son de naturaleza laboral […]"[47].

Otro derecho analizado desde una lectura integral de la Constitución ha sido el derecho de negociación colectiva de los servidores públicos sindicalizados. De hecho, el TC en la Sentencia recaída en el Expediente 008-2005-PI, siguiendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución, reconoció la plena eficacia de los derechos de sindicación y huelga, que incluyen el derecho de negociación colectiva.

Al respecto, en la sentencia citada se puede leer que "[…] la Constitución reconoce los derechos de sindicación y huelga para los trabajadores, derechos que también son aplicables a los empleados públicos con las limitaciones que la propia Constitución establece […]" (Fundamento Jurídico 48) y más adelante que "[…] las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42 […]" (Fundamento Jurídico 52).

Por último, se añade que tal derecho está sujeto a límites constitucionales, como los principios que informan al presupuesto público, por lo que "[…] en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación" (Fundamento Jurídico 53).

A pesar de estos lineamientos jurisprudenciales, este derecho en los últimos años fue objeto de limitaciones legales, primero por la Ley 30057, Ley del Servicio Civil y luego por las leyes de presupuesto que buscaban limitar el ámbito de lo negociable en el ámbito público, al excluir los conceptos remunerativos.

No obstante, el TC en una reciente sentencia ha establecido que en el ámbito de la negociación en el sector público se puede negociar conceptos remunerativos, respetando el principio de equilibrio presupuestal. En dicho sentido, se ha dejado establecido que:

"[…] una interpretación adecuada y razonable de los artículos 28.2, 42, 77 y 78 del texto constitucional y los Convenios 98 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo, referidos al mecanismo de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública es aquella que permite o faculta a los trabajadores o servidores públicos la posibilidad de discutir o plantear el incremento de las remuneraciones y otros aspectos de naturaleza económica a través del mecanismo de la negociación colectiva, siempre que sea respetuosa del principio de equilibrio presupuestal"[48].

Finalmente, si bien la protección frente a la ruptura del vínculo laboral durante años fue objeto de un intenso desarrollo jurisprudencial, entendiéndose que existía una protección frente al despido arbitrario por la aplicación del debido proceso, como una garantía adicional frente al poder del Estado-empleador; al respecto, múltiples son las senten-

47 Sentencia del TC recaída en el Expediente 00002-2010-PI, de fecha 7 de septiembre de 2010. Fundamentos Jurídicos 19 y 20.

48 Sentencia del TC recaída en el Expediente 0025-2013-AI (y otros acumulados), de fecha 26 de abril de 2016. Fundamento Jurídico 165.

cias en las que analizan el cese de servidores públicos desde la perspectiva del debido proceso[49].

Si bien este ámbito de protección laboral para el trabajador del Estado ha sido debilitado con el precedente constitucional establecido en el caso Rosalía Huatuco[50], que prohíbe toda reincorporación de trabajadores estatales despedidos, a no ser que hayan ingresado por concurso público de méritos a una plaza vacante y debidamente presupuestada, desde diversos sectores sociales y académicos ha sido objeto de intensa crítica. Es más, algunos jueces laborales del Poder Judicial han dado muestras de resistencia a su aplicación mediante la técnica del *distinguish*.

Ante estas reacciones, la propia Corte Suprema, a través de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, ha emitido un precedente judicial estableciendo supuestos en los que el precedente constitucional del caso Huatuco no resulta exigible de aplicación[51]. Si bien es un pronunciamiento que afirma la protección frente al despido de los trabajadores al servicio del Estado, es de extrañarse una adecuada motivación, pues esta lamentablemente no existe.

Ello ha llevado a que en este dialogo judicial el propio TC intente relativizar los alcances de su propio precedente, desde una aplicación amplia, como originalmente se había establecido, hacia una más restringida.

Al respecto, se ha señalado que en el Estado existen diferentes regímenes para el personal del Estado, y que el precedente del caso Huatuco solo resultaría aplicable a los supuestos de despido de trabajadores en los que se denuncie la desnaturalización de un contrato temporal o civil con el que presuntamente se encubrió una relación a tiempo indeterminado, y en el que se pretenda la reposición a una plaza que forma parte de la carrera administrativa, es decir, aquella a la que se ingresa por concurso público de méritos y que además se encuentre vacante y presupuestada[52].

Cabe añadir que esta decisión no constituye precedente, ni doctrina jurisprudencial; por ende, sus efectos vinculantes son muy limitados. Por lo que su aplicación queda librada a la entera discrecionalidad de los jueces del Poder Judicial.

F. Contrato administrativo

De acuerdo a lo establecido en la Constitución, toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos (artículo 2.14), ningún término contractual puede ser modificado por ley; asimismo, mediante contratos ley se otorgan garantías y seguridades que tampoco pueden ser modificados unilateralmente por ley, y; que los conflictos que se deriven del contrato se solucionan en la vía judicial o arbitral según lo pactado en el mismo contrato (artículo 62).

Sobre la libertad de contratación, el TC ha señalado que garantiza el derecho de decidir celebrar contrato o no (libertad de contratar) y el derecho a decidir el contenido del contrato (libertad contractual)[53]. Estos derechos resultan plenamente protegidos en el ámbito de la contratación administrativa, particularmente, en los contratos de concesión y en lo referido a los contratos-ley.

Con relación a los contratos de concesión, el TC ha considerado que es un acto constitutivo de derechos, por el que se confiere al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración. Es cierto que, el contrato de concesión administrativa tiene su origen en la facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad, que transfiere unilateralmente a los particulares el desarrollo de determinada actividad que tiene un carácter predominantemente público, bajo ciertas condiciones legales y reglamentarias determinadas por el Estado, sobre la base de su *ius imperium*[54].

Cuando la Autoridad Administrativa decide dar en concesión la realización de determinadas actividades extractivas de bienes o de servicios públicos a través del título de concesión, ello no comporta la anulación de su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable. Por el contrario, la Administración debe obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse en el sentido que al interés público convenga.

49 Sentencias del TC recaídas en los Expedientes 124-2012-PA; 3169-2006-PA; 03052-2009-PA, entre otras.

50 Sentencia del TC recaída en el Expediente 5057-2013-PA, de fecha 16 de abril de 2015.

51 Sentencia casatoria laboral de la Corte Suprema de la República del Perú 12475-2014-MOQUEGUA, de fecha 17 de diciembre de 2015.

52 Sentencia del TC recaída en el Expediente 06681-2013-PA, de fecha 23 de junio de 2016. Fundamentos Jurídicos 11-13.

53 Sentencia del TC recaída en el Expediente 0008-2003-AI, de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 26, literal b).

54 Sentencia del TC recaída en el Expediente 2226-2007-PA, de fecha 26 de noviembre de 2007. Fundamentos Jurídicos 16-19.

En ese sentido, la acción estatal no se agota en el acto de la concesión administrativa, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período establecido para el desarrollo de dicha actividad. El Estado, pues, no cede su *ius imperium*, sino que a través de la Autoridad Administrativa puede realizar una intervención legítima sobre los derechos de los concesionarios, con la finalidad precisamente de asegurar el fin público de la concesión. No obstante, a juicio del TC, cabe señalar que:

"Sin embargo, este Colegiado debe anotar que la concesión administrativa, aun reconociendo la posición privilegiada del Estado, no significa que la injerencia del Estado sea o devenga en arbitraria. Por ello, si desde la convocatoria se fijaron reglas de juego predeterminadas, es porque la observancia de éstas representa una garantía tanto para el Estado como para los propios concesionarios, quienes se someten a un régimen de seguridades; sin perjuicio que determinadas razones pueda justificar la modificación de dicho régimen, a partir del reconocimiento expreso de la teoría de los hechos cumplidos consagrada en el artículo 103 de la Constitución (por ejemplo, a las nuevas importaciones)"[55].

En otro caso, en el que se cuestionaba la restricción a la subcontratación de oficiales de seguridad aeroportuaria mediante una disposición reglamentaria, el TC consideró que tal disposición resultaba inconstitucional pues intervenía en el contrato de concesión de la empresa demandante (Lima Airport Partners S.R.L.), en la que no se establecía ningún tipo de restricción para subcontratar. En esa medida, se entendió lesionado el derecho a la libertad contractual de la empresa demandante. Por ello, aplicando el test de proporcionalidad se determinó que tal medida era inadecuada, ya que:

"[…] no se llega a comprender razonablemente por qué prohibir la subcontratación de los Oficiales de Seguridad Aeroportuaria que realizan labores específicamente en las Zona de Seguridad Restringida, contribuirá a resguardar en mejor medida la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios y trabajadores que utilizan diariamente los servicios aeroportuarios y se trasladan por la referida zona de seguridad, pues dicha restricción solo obliga al Operador Principal [la demandante] a mantener vínculo laboral inmediato y directo con un tipo de personal específico que desarrolla labores en dicha zona; sin embargo, no lo limita respecto de la subcontratación de, por ejemplo, su Personal de Vigilancia que se encuentra encargado de vigilar y controlar funciones específicas de seguridad, cuya labor incluso puede ser ejecutada en la Zona de Seguridad Restringida (literal f. del artículo 7.1 del Decreto Supremo 007-2006-MTC) y que forma parte importante del sistema de seguridad de un aeródromo, pero que, sin embargo, podría ser materia de subcontratación"[56] [el agregado es nuestro].

En otro caso, el TC estableció que el establecimiento de una regalía a cargo de las empresas mineras no debía entenderse como una nueva carga tributaria que afectaba la libertad contractual de los contratos de concesión minera, sino como una contraprestación administrativa por la explotación de los recursos minerales que, a tenor del artículo 66 de la Constitución, son patrimonio de la Nación, por lo que no afectaban las garantías de estabilidad tributaria otorgadas.

Para ello, entendió que la concesión minera no era un contrato, sino un acto administrativo, lo que determinaba la existencia de una relación jurídica pública "a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público", por lo que con la regalía minera:

"[…] el Estado no ha incumplido el compromiso de respetar los atributos que la Ley confiere a los inversionistas titulares de la concesión, pues la naturaleza de estos actos –adscritos al derecho público– no otorgan al concesionario la inmutabilidad del régimen jurídico, para cuyo caso operan los contratos ley; ni imposibilitan la intervención del Estado mediante el ejercicio de su ius imperium y cuando así lo justifique el interés público" [57].

No obstante lo señalado, en otra sentencia, en el que se cuestionaba una ordenanza municipal que en los hechos resolvía un contrato de concesión de ruta de transporte, se acogió una tesis mixta sobre la concesión administrativa, al señalar que era tanto un contrato como un acto administrativo. En dicho sentido, el TC señaló que:

"La naturaleza mixta de la concesión a la que nos hemos referido da lugar a que esta figura permita otorgar a los particulares la gestión de un servicio público que típicamente era realizado de modo

55 Sentencia del TC recaída en el Expediente 2226-2007-PA. Óp. cit. Fundamento Jurídico 20.

56 Sentencia del TC recaída en el Expediente 3128-2011-PA, de fecha 16 de abril de 2013. Fundamento Jurídico 22.

57 Sentencia del TC recaída en el Expediente 00048-2004-PI, de fecha 1 de abril de 2005. Fundamento Jurídico 109.

directo por la Administración. De este modo, la concesión implica una transferencia limitada de facultades de administración de un servicio público, respecto de las cuales el Estado mantiene facultades de imperio. Ello en atención al interés público que subyace a la noción misma de la concesión y cuya satisfacción constituye el objeto de la misma. Las facultades que el particular recibe son las estrictamente necesarias para la prestación del servicio, manteniendo la Administración sus poderes de control y supervisión así como una serie de potestades y derechos entre los que se encuentra la posibilidad de modificar el contenido del contrato e inclusive el poder de resolverlo antes de la fecha pactada. No obstante, tales potestades se encuentran subordinadas a la noción del interés público”[58].

Por ello, el Estado puede intervenir en un contrato de concesión, modificando sus términos, e inclusive resolverlo, a condición de que se justifique tal proceder en el interés público, por lo que recae en la Administración el deber de concretizar la razón de interés público que sustentaría su accionar[59]. Sobre la base de lo señalado, en la sentencia se declaró fundada la demanda, puesto que la ordenanza municipal que dejaba sin efecto el contrato de concesión no justificaba tal decisión en alguna razón de interés público.

En lo que respecta a los contratos-ley, el TC ha señalado que no son normas jurídicas, pero que en cambio, dado que según la Constitución permiten al Estado otorgar garantías y seguridades, su finalidad es atraer la inversión privada, pues:

“[…] a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en la prestación de actividades de derecho público […]”[60].

Por ello, el Estado se obliga en el ámbito de lo concertado en dicho contrato-ley. El alcance de los referidos tipos contractuales no se limita a otorgar garantías y seguridades en un sentido restringido, sino amplio, dentro del marco constitucional y la ley. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que:

“[…] en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados […]”[61].

Finalmente, el TC ha entendido que se vulneraba la disposición del artículo 62 que establece que los conflictos derivados de una relación contractual se resuelven en la vía arbitral o judicial, conforme a los términos previstos en el contrato, cuando mediante una ordenanza municipal se dejaba unilateralmente sin efecto el contrato de concesión para la gestión de residuos sólidos en el ámbito de la Municipalidad Distrital de Ancón, así como el convenio de estabilidad jurídica, por no ser el mecanismo establecido constitucionalmente para proceder de ese modo[62].

G. Contratación pública

Con relación a la contratación pública, el artículo 76 de la Constitución establece que:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

Al respecto, el TC ha desarrollado los principios constitucionales que informan a la contratación pública. En dicho sentido, se ha señalado que todo proceso de contratación pública requiere de una especial regulación que esté regida por el principio de transparencia, ello a fin de luchar contra la corrupción.

58 Sentencia del TC recaída en el Expediente 2488-2004-AA, de fecha 10 de octubre de 2006. Fundamento Jurídico 5.

59 Ibid. Fundamento Jurídico 9.

60 Sentencia del TC recaída en el Expediente 0005-2003-AI, de fecha 3 de octubre de 2003. Fundamento Jurídico 34.

61 Ibídem.

62 Sentencia del TC recaída en el Expediente 0003-2004-AI, de fecha 23 de septiembre de 2004.

Para ello, el procedimiento de contratación pública debe garantizar que los bienes, servicios u obras se "[…] obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el **mayor grado de eficiencia** en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos"[63].

Si bien, se admite que el procedimiento establecido en la ley de contrataciones sería adecuado, no se desconoce que incluso un mecanismo como el diseñado en la ley puede ser afectado por la corrupción, por ello, se hace necesario la existencia de mecanismos de transparencia y control, entre los que destaca, por su función constitucional, la Contraloría General de la República.

De igual manera, se ha reconocido que si bien la Constitución alude a la contrata y a la licitación pública como procedimientos de adquisición de bienes y servicios, no es menos cierto que los principios que la inspiran también alcanzan y vinculan a la contratación directa y a la adjudicación de menor cuantía u otro tipo de procedimiento o mecanismo que se establezca, siempre que se establezca por ley y se respeten los principios de transparencia, eficiencia y control[64].

Asimismo, en otro caso, en el cual la Ley 27633, que modifica la Ley 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional, estableció que en los procesos de adquisición de bienes y servicios, y para efectos del otorgamiento de la buena pro se agregaba un 20% adicional a las posturas de bienes y servicios elaborados dentro del territorio nacional, el TC señaló que si bien todos somos iguales ante la ley (artículo 2.2), la Constitución también permite que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero por la diferencia entre las personas (artículo 103). En ese sentido dispuso que:

"[…] Sobre este particular y aun cuando la Ley 27633 efectivamente incorpore una fórmula preferente (Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional) a favor de aquellas empresas o industrias sujetas a la inversión nacional o extranjera y proveedoras de bienes y servicios en el territorio de nuestro país, no se realiza de una forma tal que pueda considerarse jurídicamente irrazonable.

Lo expuesto se justifica por las razones siguientes:

a) La medida especial de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional establecida en la Ley 27633 se adopta porque, conforme a la política legislativa en materia económica establecida por el Estado, éste prevé que a través de ella se contribuirá a asegurar el desarrollo de la producción nacional; y, por consiguiente, a fomentar el empleo, la riqueza nacional y el bienestar general de la población.

b) Dicha medida especial parte del supuesto estatal de la peculiar e inconveniente realidad económica y social del país.

c) Asimismo, se ampara en el cumplimiento de los deberes y competencias estaduales previstas en los artículos 44, 58 y 59 de la Constitución.

En efecto, el artículo 44 hace referencia a la promoción del bienestar general y el desarrollo de la Nación; el artículo 58 alude a la responsabilidad del Estado en cuanto a la orientación del desarrollo del país y a la promoción del empleo para sus habitantes; y el artículo 59 prescribe la obligación de estimular la creación de la riqueza nacional […]"[65].

H. Responsabilidad administrativa funcional

La Administración Pública gestiona bienes y servicios públicos (directa o indirectamente a través de particulares), así como ingentes recursos financieros con la finalidad de que éstos sirvan a la realización de los deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; según lo establecido por el artículo 44 de la Constitución.

Para cautelar el correcto uso de los bienes públicos señalados, el Estado ejerce sobre sus servidores y funcionarios su potestad sancionadora en su vertiente disciplinaria, con la finalidad de sancionar el incumplimiento de los deberes funcionales so-

63 Sentencia del TC recaída en el Expediente 0020-2003-AI, de fecha 17 de mayo de 2004. Fundamento Jurídico 12.

64 Ibid. Fundamentos Jurídicos 13-21.

65 Sentencia del TC recaída en el Expediente 018-2003-AI, de fecha 30 de septiembre de 2003. Fundamento Jurídico 2.

bre el manejo de los recursos antes indicados. El ejercicio de esta potestad disciplinaria conlleva el establecimiento de responsabilidad administrativa funcional sobre los servidores y funcionarios al servicio del Estado, que se traduce en una serie de sanciones que implican, habitualmente, la amonestación (verbal o escrita), suspensión temporal o la destitución en el ejercicio de la función pública.

No obstante, el ejercicio de esta potestad disciplinaria debe realizarse en el marco de los principios constitucionales que informan a toda la potestad sancionadora del Estado. En dicho sentido, el TC al resolver el Expediente 2192-2004-PA, en el que dos trabajadores despedidos de la Municipalidad Provincial de Tumbes cuestionaban las sanciones que los destituían como técnico de recepción de la Oficina de Rentas y cajera, se estableció que en el marco de dicho procedimiento disciplinario resultaban plenamente aplicables los principios de legalidad (en su dimensión de sub principio de tipicidad), motivación de las resoluciones sancionadoras y de proporcionalidad de las sanciones administrativas.

En dicho sentido, al analizar la lesión al principio de legalidad el TC advirtió que la sanción de destitución aplicada a los demandantes, la máxima prevista en el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, es consecuencia de la infracción contemplada en el artículo 28, incisos a) y d) del citado decreto legislativo, que establecía que: "[…] son faltas de carácter disciplinarias [de los servidores y funcionarios públicos] que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; […] d) La negligencia en el desempeño de las funciones […]" [el agregado es nuestro].

Sobre la infracción citada, el TC consideró que debía diferenciarse entre el principio de legalidad y el sub principio de tipicidad. El primero se satisfacía con la previsión de una falta o infracción en la ley, que en el caso bajo análisis se cumplía, en tanto la infracción como tal estaba prevista en una norma con rango de ley. En cambio, el principio de tipicidad se constituye como:

"[…] una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal"[66].

Por ello, su aplicación en el ámbito administrativo sancionador de competencia municipal requería de precisiones a través de disposiciones reglamentarias que "[…] permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas", puesto que las infracciones tipificadas en los incisos a) y d) del artículo 28 del Decreto Legislativo 276 eran normas de remisión o en blanco, que requieren de mayores concreciones a efectos de conocer el ámbito de lo prohibido o permitido por el derecho.

Con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, se estableció que en tanto una sanción administrativa supone la intervención sobre derechos fundamentales, como el trabajo en el caso de los demandantes:

"[…] su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes"[67].

De hecho, en el caso, el TC consideró que se había infringido el derecho a la debida motivación en vista que, además de una alusión genérica a unas "normas de tesorería", la única norma administrativa que se consideraba infringida era un literal g) del Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad, el que establecía como de las funciones de los demandantes "Elaborar el registro de la cobranza diaria de las rentas municipales y elevar los partes diarios al Jefe de la Oficina"; sin embargo, en la demanda ratificada con su contestación, "[…] la operación de emisión de un recibo de caja 002528 fue anulada y, por tanto, no pudo aparecer en el reporte del día, debido a que nunca se efectivizó el pago por el concepto a que se refería"

[66] Sentencia del TC recaída en el Expediente 2192-2004-AA. Óp. cit. Fundamento Jurídico 5.

[67] Ibid. Fundamento Jurídico 11.

(Fundamento Jurídico 12). Por lo que, la decisión de sanción no estaba debidamente motivada.

Finalmente, en lo que respecta al principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas, el TC recordó que está compuesto por tres sub principios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que imponen a la Administración no ejecutar un mero razonamiento mecánico de aplicación de las normas, sino que efectúe una apreciación razonable de los hechos del caso con relación a quien los hubiese cometido, por lo que una decisión razonable supondría cuando menos:

"[…]
a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en «abstracto» de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un «hecho» resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los «antecedentes del servidor», como ordena la ley en este caso.

c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso"[68].

Sobre este extremo del caso, el TC valoró el hecho que los demandantes hubiesen tenido más de veinte años de servicios sin haber registrado problemas disciplinarios, la Municipalidad demandada tampoco tuvo en cuenta que sobre los mismos hechos se inició una investigación penal, en el cual se emitió un atestado policial que concluía en la falta de responsabilidad de los demandantes, por lo que resultaba "[…] cuestionable que en un proceso administrativo que tenga como consecuencia la sanción máxima de destitución, se omita la valoración de toda prueba o elemento que coadyuve a la determinación certera de la responsabilidad de los procesados, cuando ésta representa la única garantía de justicia y proporcionalidad entre la supuesta falta cometida y la sanción a imponerse" (Fundamento Jurídico 21).

IV. CONCLUSIONES

Como el Derecho Administrativo regula la actividad de interés general ejercida por autoridades públicas –distintas a las legislativas y judiciales– que vincula a los ciudadanos con el Estado, se puede señalar que es un Derecho vivo; que va mutando con la evolución del Estado y la Constitución. No obstante que, la Constitución de 1993, siguiendo a la Constitución de 1979, haya incorporado instituciones propias para la Administración Pública, distintas de la clásica regulación política del Poder Ejecutivo, se ha venido dando un impulso al Derecho Administrativo a partir de la judicialización de los derechos fundamentales de los administrados frente a la Autoridad Administrativa, como de los procesos constitucionales incluso entre las entidades públicas.

Ello ha permitido que ciertos principios constitucionales como el del debido procedimiento, la interdicción de la arbitrariedad, o, el de la razonabilidad y proporcionalidad al ejercer potestades discrecionales, se hayan ido asentando como parámetros para la exigencia de la Autoridad Administrativa de conductas y decisiones que sean no solo de acuerdo con la ley, sino también de conformidad con la Constitución. De lo contrario, los tribunales administrativos nacionales están facultados, si bien ya no a realizar control difuso en sede administrativa, en cambio se encuentran compelidos a realizar control de convencionalidad llegado el caso.

La progresiva constitucionalización del Derecho Administrativo debería llevar a replantear varios institutos clásicos del Derecho Administrativo, como el principio de legalidad, servicio público, contrato público, carrera pública, propiedad pública, etcétera. Esto, debido a que adquieren una dimensión diferente a la luz de la jurisprudencia constitucional, que procura tutelar los derechos fundamentales de los administrados, como asegurar de forma más eficiente e integradora los deberes primordiales del Estado de brindar seguridad, bienestar y desarrollo integral y equilibrado a los administrados; así como, de promover el empleo, la salud y la educación, entre otros, mediante los servicios públicos y la infraestructura necesaria.

[68] Ibid. Fundamento Jurídico 20.